

A REPRESSÃO AO ABUSO DE PODER ECONÔMICO EM FACE DA REFORMA DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA (SBDC)

Ramsés Maciel de Castro¹

CASTRO, R. M. A repressão ao abuso de poder econômico em face da reforma do sistema brasileiro de defesa da concorrência (SBDC). **Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar.** Umuarama. v. 11, n. 1, p. 63-78, jan./jun. 2008.

RESUMO: A repressão ao abuso do poder econômico, no Brasil, embora prevista constitucionalmente e regulamentada desde 1994 pela Lei 8.884, ainda é ineficaz. O atual Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é frágil, moroso e ineficiente, não enfrentando devidamente a concentração empresarial e, por consequência, propiciando o aumento arbitrário dos lucros, o domínio de mercado por poucos, o aumento de preços, o retardamento dos avanços tecnológico, a minoração do número de empregos, entre outros fatores. Neste artigo, são apontadas fragilidades do atual SBDC, especialmente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), em face dos princípios econômicos constitucionais, notadamente os da livre iniciativa e da livre concorrência e, por fim, são destacadas as propostas reformistas do Projeto de Lei nº 5.87, em tramitação desde 2005, analisando-se os pontos positivos e negativos do mesmo.

PALAVRAS-CHAVE: Abuso do Poder Econômico; concentração econômica e empresarial; livre concorrência; desigualdades sociais e regionais; SBDC.

THE REPRESSION AGAINST THE ABUSE OF ECONOMICAL POWER IN LIGHT OF THE REFORM OF THE SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA (SBDC)

ABSTRACT: The repression the abuse of economic power in Brazil - although constitutionally provided and regulated since 1994 by Law 8.884 - is still ineffective. The current Brazilian System of Competition Defense is fragile, slow and inefficient, not properly facing business centralization, and, as a result, providing the arbitrary increase of profits margins, the domination of the market by a few, and, price increase, halt of the technological growth, decrease in the

¹ Advogado bacharelado em Direito pela PUC Minas, Bacharel em Administração Pública pela Fundação João Pinheiro, Especialista em Direito Social e em Direito Público pela ANAMAGES e Newton Paiva, Mestrando em Direito e Instituições Políticas pela FUMEC-BH, Professor de Direito Ambiental, Urbanístico, Eleitoral e Filosofia do Direito da Faculdade ASA de Brumadinho.

number of job vacancies, among other factors. In this paper, fragilities of the current SBDC are pointed out, especially those of the CADE, in face of the economic constitutional principles, especially those of free enterprise and free competition. Finally, the reformist proposals of the Draft Law No. 5.87, in proceeding since 2005, are focused by analyzing the positive and negative points of them.

KEY WORDS: Economic Power Abuse. Economic and Business Concentration. Free Competition. Social and Regional Inequality. SBDC.

1 INTRODUÇÃO

Diante da histórica concentração de riquezas e da aviltante desigualdade social existente em nosso País, a Constituição da República de 1988 estabeleceu princípios sociais econômicos, visando reprimir o abuso do Poder Econômico, para assegurar existência digna a todos e estabelecer a desejada justiça social.

Em 1994, foi promulgada a Lei de Proteção da Concorrência (Lei 8.884/94), regulamentando a repressão ao abuso do Poder Econômico. No entanto, os aparatos legal e institucional vigentes se revelaram insuficientes para a implementação dos comandos econômico-constitucionais. Para tornar eficaz a repressão ao abuso do Poder Econômico está em tramitação o Projeto de Lei 5.877/05, que reestrutura o Sistema Brasileiro de Defesa Econômica. Diante dessa realidade, o presente artigo debaterá problemas enfrentados pelo atual Sistema de Defesa da Concorrência e as soluções apontadas pelo referido Projeto de Lei.

Em face da ineficácia do atual Sistema, o presente artigo discutirá algumas das alterações propostas, bem como as perspectivas positivas e as negativas dessas reformas pretendidas.

2 A REALIDADE BRASILEIRA: DESIGUALDADE, POBREZA E CONCENTRAÇÃO DE RIQUEZAS

O uso adequado do Poder Econômico, direcionado para o bem coletivo, deve ser incentivado pelo Estado, que deve criar condições para o desenvolvimento das atividades econômicas, assegurando a livre iniciativa e promovendo os valores sociais do trabalho.

A concentração econômica, indubitavelmente, é uma das maiores causas de injustiça social no Brasil e no mundo. No Brasil, os 20% dos mais ricos possuem renda superior a vinte vezes à renda dos 20% mais pobres. As políticas

econômicas estatais favoreceram e favorecem o aumento desse desequilíbrio.

Em pesquisa realizada pelo Instituto de Desenvolvimento Humano Sustentável da PUC Minas, em 2003, verificou-se que 30,7% da população brasileira vive abaixo da linha de pobreza, ou seja, percebem renda inferior a 1/2 (meio) salário mínimo e 11,41% possui renda inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo.

A economia de mercado não deve se desenvolver num vazio institucional, jurídico e político, devendo o Estado intervir na economia com o objetivo de “... assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social...”, nos termos do caput do artigo 170 da atual Constituição da República. A necessidade de intervenção estatal na economia é clarividente, como explicitado por Ricardo Antônio Lucas Camargo (2007, p. 42):

A intervenção do Poder Público sobre o domínio econômico, em se tratando dos comandos de natureza imperativa ou proibitiva, parte do pressuposto de que a ausência de enunciados normativos heterônomos, a incidir sobre aquela determinada ação jurídica, pode conduzir ao próprio comprometimento da estabilidade do sistema econômico, pela destruição das bases de sua legitimidade, o que necessariamente conduz aos cuidados a serem tomados quando se fala na denominada “desregulamentação”.

O Estado tem, em face dessa triste realidade, o dever de adotar políticas econômicas para alcançar um dos objetivos fundamentais da República, estabelecido constitucionalmente, qual seja: erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; (art. 3º, III, CR/1988).

Entretanto, ocorre que mais de 50 milhões de brasileiros vivem desumanamente abaixo da linha da pobreza. Consoante observa o Professor Giovanni Clark (2004, p. 46),

No Brasil, a 5ª população da Terra, o genocídio é implantado através das ditas políticas econômicas, norteadas pelos interesses das elites econômicas internacionais, com o beneplácito das nacionais, desvinculadas dos ditames da Carta Magna de 1988.

A concentração econômica é um dos resultados do liberalismo econômico, o qual entendia que os agentes econômicos, agindo livremente no mercado, naturalmente se controlariam, dispensando, portanto, a intervenção do Estado na economia. No entanto, a crescente e descontrolada concentração

econômica nos provou que as premissas do liberalismo estavam equivocadas. Nesse sentido, lúcida é a lição de Washington Peluso Albino de Souza (2003, p. 240):

A aceitação da livre concorrência como “lei natural do mercado”, conduzindo ao domínio final por um vencedor único, ou por pequeno número de concorrentes, permitiu a revelação de um fato fundamental nesse mecanismo, que se configurou na “lei econômica da concentração”. (...) Dessa forma, chegou-se aos expedientes aperfeiçoados que a teoria econômica liberal não esperava que pudessem efetivar-se, pois imaginava a renovação natural, automática e permanente dos concorrentes, na medida em que os derrotados fossem afastados e se abrissem oportunidades para os que os substituísem.

O poder econômico deveria, segundo a ordem constitucional, ser utilizado respeitando-se os princípios elencados pelo artigo 170 da Lei Maior, dentre os quais destacamos os de cunho eminentemente social: função social da propriedade, defesa do consumidor, do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte. Esses princípios econômico-sociais, porém, ficaram sufocados pela prevalência dos valores capitalistas, os quais propiciaram o abuso e não o uso do poder econômico.

Segundo Sérgio Varella Bruna (1997, p. 171), o abuso do poder econômico é a capacidade de determinar comportamentos econômicos alheios, em condições diversas daquilo que ocorreria em regime concorrencial puro, que se expressa não só, mas fundamentalmente, através da capacidade de controlar preços de mercado.

Infelizmente, a tendência gananciosa de acumular riquezas, inclusive à custa da exploração do trabalho alheio, faz-se presente na humanidade no decorrer da história. A título ilustrativo, pode-se citar a conclusão sapientíssima contida no Evangelho de Jesus Cristo segundo São Mateus, Capítulo 6, versículo 24: Ninguém pode servir a dois senhores. Porque, ou odiará a um e amará o outro, ou será fiel a um e desprezará o outro. Vocês não podem servir a Deus e às riquezas. Essa advertência feita por Jesus Cristo, porém, não é ouvida por muitos que se deixaram cegar pela ambição e seguem obstinados vivendo egoisticamente.

Alcançaremos a justiça social e estaremos construindo uma sociedade livre, justa e solidária, conforme o artigo 3º, I da Constituição da República de 1988, quando a vida econômica não visar primordialmente o lucro. Antes

de tudo, a atuação econômica das pessoas e das empresas deve ser ordenada ao serviço da coletividade e respeitar a dignidade de cada ser humano. Faz-se necessário praticar as virtudes da temperança, da justiça e da solidariedade, de modo a moderar o apego aos bens materiais e respeitar os direitos do próximo.

Como lembra São Tomás de Aquino, o objetivo final do Direito é o bem comum, o qual é alcançado quando os membros da sociedade não carecem dos recursos, materiais ou espirituais, indispensáveis à vida. Nesse estágio, a atual realidade de fome e criminalidade cederia à paz e justiça social. Imprescindível, portanto, distribuir a riqueza, tão concentrada nas mãos da minoria. Aí, sim, atingiremos o bem comum, conforme ensina Paulo Nader (2006, p. 58): "... a idéia de bem comum acha-se compreendida no conceito de justiça social, valor esse comprometido com a distribuição mais equânime das riquezas".

De fato, nossa realidade difere muito da constitucionalmente almejada justiça social traduzida numa sociedade fraterna. Essa esperada solidariedade é lapidarmente descrita por Jurgen Habermas (2002, p.42): "...os indivíduos esperam uns dos outros uma igualdade de tratamento, que parte do princípio de que cada pessoa considere cada uma das outras como 'um dos nossos'. A partir dessa perspectiva, justiça significa simultaneamente solidariedade". As gritantes disparidades sociais e regionais brasileiras, no entanto, demonstram o quão distante estamos dos objetivos fundamentais da República, previstos no artigo 3º de nossa Carta Magna.

3 OS PRINCÍPIOS DA ORDEM CONSTITUCIONAL ECONÔMICA E A LEI DE REPRESSÃO AO ABUSO DO PODER ECONÔMICO

Os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência também favorecem o desenvolvimento do País, inclusive protegendo as empresas de pequeno porte e aos consumidores, vez que propiciam o ingresso e a permanência de um maior número de produtores e fornecedores no mercado, o que, conseqüentemente, incentiva o incremento da qualidade e o declínio ou estabilidade dos preços, bem como o aumento da empregabilidade.

Com a expansão da concentração econômica, reduziu-se a participação das pequenas e médias empresas no mercado e, conseqüentemente, minorou-se o número de empregos, vez que um grande número de empresas de pequeno porte gera muito mais empregos que um reduzido número de grandes empreendimentos. Essa política econômica é a denominada concentração consentida ou concentracionista, segundo Gerad Farjat (1979), em contraposição à intervenção social ou protetora, a qual reprime o abuso do poder econômico.

A política concentracionista, portanto, conduz à atual fase de eliminação

dos empregos, denominada de horror econômico pela autora francesa Viviane Forrester (1997, p. 16), a qual preleciona: “...para além da exploração dos homens, há algo ainda pior: a ausência de qualquer exploração (...) não sendo sequer exploráveis, nem sequer necessários à exploração...”, ou seja, vivemos numa era em que, para o mercado, os homens são descartáveis e dispensáveis.

Ricardo Antônio Lucas Camargo (2000, p. 310) sintetiza bem a realidade deletéria do concentracionismo: “O culto ao mercado, contudo, pressupõe uma classe de seres inúteis, descartáveis, que estão condenados a desaparecer para a maior glória do seu deus”. Essa é uma triste realidade que atenta inclusive contra um dos fundamentos da República: a dignidade da pessoa humana.

Em relação ao princípio da livre iniciativa, Celso Ribeiro Bastos (2004, p. 127) declina que:

...cumpre deixar claro que quando o Estado ofende, por qualquer forma, a liberdade de iniciativa, ele acaba por estimular a formação de monopólios, em flagrante arrepio aos princípios constitucionais definidores da ordem econômica. De outra parte, também é importante deixar certo que as restrições que possam ser criadas ao princípio da livre iniciativa têm caráter absolutamente excepcional e somente podem emergir das hipóteses expressamente previstas na Constituição ou implicitamente por ela autorizadas.

Ainda no tocante à livre iniciativa, é importante notarmos que se trata de princípio que alcança, tanto a valorização do livre trabalho humano (liberdade de escolha do cidadão acerca de sua atividade laboral), quanto a proteção da liberdade de os agentes econômicos ingressarem no mercado, como bem esclarece Eros Roberto Grau (2003, p. 194): “...livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pelo capital, mas também pelo trabalho”.

A livre iniciativa e a livre concorrência estão intimamente ligadas, sendo que não há livre concorrência sem livre iniciativa. Esses princípios favorecem a existência de um mercado em que haja preço justo e mais qualidade, evitando que o domínio do mercado por poucos ou por um só agente leve esses agentes a abusarem de sua posição dominante, aumentando arbitrariamente os lucros.

Como ensina Giovanni Clark, em sua notável obra “O Município em Face do Direito Econômico”, os dois princípios ora estudados não se confundem, sendo complementares entre si (2001, p. 126):

A livre iniciativa garante o acesso à luta pelo mercado, “democratizando” a entrada nele, sendo assim um dos pilares

fundamentais do capitalismo. Diferentemente, a livre concorrência é a garantia da sobrevivência de todos os agentes econômicos que estão ou querem chegar ao mercado (...). A livre concorrência destina-se a criar condições possíveis de disputa do mercado, em um ambiente onde existem concorrentes com força e tamanho diferentes, fomentados pela livre iniciativa. Busca, assim, por intermédio do Direito, criar condições de disputa entre desiguais.

Acerca da livre concorrência, por fim, é importante sublinhar as mudanças ocorridas com o advento do Mercosul. Nasce a necessidade de termos uma legislação antitruste unificada a nível regional, pois os abusos do poder econômico ocorrem, agora, também em âmbito internacional. Nesse sentido, Celso Ribeiro Bastos (2004, p. 153) leciona que:

A livre concorrência é um princípio que deve a todo custo ser preservado dentro do Mercosul, pois a existência de condutas econômicas contrárias à livre concorrência acaba por impedir a livre circulação de bens e serviços entre os países membros.

O abuso do poder econômico tem variadas facetas, sendo toda forma de atividade de eliminação da concorrência, domínio dos mercados ou aumento arbitrário dos lucros. Note-se, ainda, que “... o abuso do poder econômico não ocorre apenas no exercício do poder daquele que detém o capital, mas também daquele que controla a técnica pertinente”. (1987, pp. 57-58), consoante dissertou Ives Gandra da Silva Martins, já em 1987, em seu livro “Direito Tributário e Econômico: Pareceres sobre a nova ordem econômica”.

A nossa Constituição da República, ao tratar dos princípios gerais da atividade econômica, no parágrafo 4.º do artigo 173 assevera que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação do mercado, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. No entanto, essas condutas, que deveriam ser reprimidas por lei e pelos aparatos estatais, não o são. Nossas políticas econômicas, especialmente antes da nova ordem democrática, favoreceram sobremaneira a concentração econômica. Como lembra Gilberto Bercovici (2005:30), “...a política econômica do regime militar era francamente favorável à concentração empresarial e à formação de conglomerados”.

Ainda de acordo com o § 4º do artigo 173, pertinente é a observação de Fábio Ulhoa Coelho (2004, p. 213): “Ora, não é feita específica referência, no texto constitucional, à limitação, ao falseamento e ao prejuízo da livre concorrência, que são formas de eliminação parcial e não total da competição”.

Seguindo o raciocínio, o ilustre autor pondera que há autores que advogam a tese de que a Constituição da República teria considerado abusiva apenas a eliminação total da concorrência. Por fim, o professor conclui que as formas de eliminação parcial também são alcançadas pelo dispositivo constitucional em comento, sendo, portanto, também rechaçadas pela Constituição Econômica.

Além do fenômeno da concentração histórica, vivemos, na década de 90, profundas mudanças no papel do Estado, como ressaltam Farina & Azevedo (2001, p. 513): “os mecanismos de garantia da concorrência ganharam importância no Brasil durante a década de 90, após mudanças no papel do Estado e abertura da economia”. O papel do Estado, em face da economia, sofreu radicais mudanças, realçando-se o papel regulatório, como destaca Vital Moreira (1997: p. 38): “... há uma relação inversa entre a atividade econômica do Estado e sua atividade regulatória: a redução do papel do Estado normalmente implica aumento da regulação”. Infelizmente, essa nova diretriz econômico-constitucional ainda não propiciou o almejado desenvolvimento sustentável e equilibrado de nossa economia.

Diante dessa realidade, foi promulgada a chamada Lei Antitruste, a lei nº 8.884, de 11 de julho de 1994, que visa garantir a livre concorrência, de modo a permitir a entrada, permanência e convivência de grandes e pequenas empresas no mercado, o que notadamente favorece aos consumidores, tanto no tocante aos preços, quanto concernentemente à qualidade, além de propiciar um maior número de empregos no País. Cumpre ressaltar, portanto, que a lei de concorrência brasileira não é uma lei contra o regime capitalista, mas um condicionamento ao regime capitalista, como bem ensina João Bosco Leopoldino da Fonseca (2007, p. 97-98):

A legislação de defesa da concorrência situa-se num quadro de preservação do adequado funcionamento da economia de mercado, não pretendendo ser uma força anti-mercado. Aceito o pressuposto de uma economia em regime capitalista. Não há como fugir à existência e às exigências do mercado. Até mesmo o processo de socialização, de distribuição dos benefícios da atividade econômica, deve passar pelo mercado.

A lei 8.884/94, portanto, ao prever a repressão de variadas formas de infração contra a ordem econômica (trustes, cartéis, etc.) buscou assegurar a eficiência, o aumento da produtividade, a melhoria da qualidade dos bens ou serviços e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, sob variados aspectos, especialmente evitando-se a injusta transferência de riqueza do

consumidor ao fornecedor. Como salientado no artigo Controle Jurisdicional do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), publicado pela Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, nº 16, "...o CADE é um órgão de intervenção administrativa na área privada, cabendo a ele garantir a livre iniciativa e a liberdade concorrencial no País, aplicando sanções a aqueles agentes econômicos que abusarem do poder econômico". (2007, p. 22).

Portanto, para que se mantivesse a garantia de um mercado justo e competitivo, a Lei 8.884/94 concedeu ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica poderes para reprimir e prevenir condutas de abuso do poder econômico. Como bem destaca Hely Lopes Meirelles, o artigo 20 da Lei antitruste indicou as quatro modalidades mais expressivas de abuso a serem combatidas, independentemente de culpa dos agentes: I- limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II- dominar mercado relevante de bens ou serviços; III- aumentar arbitrariamente os lucros; IV- exercer de forma abusiva posição dominante. Dessa maneira, o agente econômico que lesar o princípio da livre concorrência, de acordo com Ives Gandra (1987, p. 60) estará sujeito a punições administrativas e civis: "Quem pretender eliminar a concorrência, utilizando-se da mais variada gama de recursos e obtiver o resultado, estará sujeito a ser punido administrativamente ou a ressarcir os prejuízos causados judicialmente..."

Note-se, que o legislador estabeleceu para tais condutas a responsabilidade objetiva, dispensando-se, dessa maneira, o dever de se provar a culpa do agente. Além da lei referida, dentre outras, cabe ainda destacarmos a lei 10.149/2000, que autorizou o acordo de leniência com infratores que colaborem com as investigações por meio da delação de co-autores e de informações que colaborem efetivamente com a comprovação das acusações.

4 O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: PROBLEMAS ATUAIS E OS APONTAMENTOS REFORMISTAS

Atualmente, o sistema de defesa da concorrência conta com três estruturas que se complementam: a Secretaria de Direito Econômico (SDE), ligada ao Ministério da Justiça, a Secretaria de Acompanhamento Econômico (EAE), subordinada ao Ministério da Fazenda, e o CADE, que é uma autarquia vinculada ao Ministério da Justiça.

Pela lei atual, independentemente da complexidade, todo e qualquer novo processo começa passando pelos crivos da SDE e da EAE, para, por fim, ser julgado no CADE. Na nova composição, a SEAE deve deixar o sistema. A SDE e o CADE, por sua vez, seriam fundidos em um organismo com duas

instâncias. Na primeira, haveria um diretor-geral, munido de um corpo técnico, com autonomia para despachar casos mais simples. Na instância superior ficará o conselho, que atuará como um tribunal apenas nas decisões mais complicadas.

Assim, a meta é que os julgamentos sejam bem mais céleres, ocorrendo em, no máximo, quatros meses. O Projeto de Lei 5.877/2005, portanto, procura valorizar o julgamento dos processos realmente complexos, cabendo ao Tribunal julgar apenas estes, deixando os mais simples para o Superintendente Geral do CADE.

Quanto à natureza das decisões do CADE, Maria Izabel Andrade Cardoso (2005, p. 56) discorre sobre o dever de se escolher a melhor opção e não a que mais agrada a quem decide:

A valoração que faz o CADE por certo não é intangível, porquanto a liberdade de agir só pode ser exercida no cumprimento do dever de buscar a melhor solução que o legislador não pôde fixar, pois só esta atenderá ao interesse público específico – a defesa da concorrência – ditado pela norma.

Portanto, mesmo os atos discricionários estão sujeitos a controle, devendo estar em conformidade com o direito positivo e com os princípios do Direito.

Não obstante os avanços legislativos citados, ainda há grande necessidade de se aperfeiçoar, tanto a legislação, quanto a própria atuação dos órgão componentes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, especialmente do CADE, o qual é ineficiente, conforme constatação de renomados estudiosos, dentre os quais citamos Giovanni Clark (1994, p. 48):

Infelizmente, o CADE é ineficiente e moroso, por isso temos a convicção de que o mesmo deve ser reestruturado, ganhando novos poderes e agilidade para a execução de suas funções, bem como o aumento do número de seus membros para facilitar a representação e participação de outros segmentos da sociedade civil organizada.

Os problemas envolvendo o Direito Concorrencial têm agravado com grande evidência no Brasil. Estudos estatísticos do CADE revelam que, de 1994 a 2004, o número de processos julgados anualmente pela referida autarquia aumentou de 17 para 782, refletindo uma variação de 4.600% no período. Esse fenômeno repercutiu diretamente no volume de processos judiciais envolvendo o CADE. Segundo dados coletados por Maria Isabel A. L. Cardozo, em 1997

existiam 70 ações judiciais em que o Conselho Administrativo figurava como parte, sendo que tal número saltou para 728 em 2004, o que significou um aumento percentual de 1.040% no volume do contencioso judicial envolvendo a citada autarquia. Assim, o CADE necessita de estrutura e pessoal aptos para interagir com o Judiciário.

Um sério problema envolvendo o SBDC consiste na pouca eficiência da atuação preventiva aos atos anticoncorrenciais. O enfoque ainda continua na repressão, ou seja, na atuação a posteriori por parte dos órgãos de defesa da concorrência. Fusões e aquisições entre empresas deveriam ser analisadas previamente, como na maioria dos países desenvolvidos, não depois que o negócio (fusão ou aquisição) foi fechado, o que dificulta a reversão de prejuízos aos consumidores e empresários.

Para se resolver tais dificuldades, foi proposto recentemente, Projeto de Lei de Reforma do SBDC, o qual recomenda uma série de alterações na lei 8.884/94. Tal reforma, como elucida Vicente Bagnoli (2007, p. 28), tem como alguns de seus objetivos tornar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência mais seletivo na análise de concentrações e rigoroso no combate aos cartéis, mas, sobretudo, trazer maior celeridade ao sistema.

A reforma proposta para o SBDC decorre da patente fragilidade da defesa da concorrência no País, sendo as palavras de Gesner Oliveira (2001, p. 12) assaz reveladoras:

Nos órgãos que integram o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, vários processos terminam por ser arquivados, em virtude de má definição do objeto de investigação, desrespeito ao contraditório, entre outras falhas processuais.

Atualmente, a atuação dos órgãos do SBDF subdivide-se em três tipos: I - preventiva, através do controle de estruturas de mercado, via apreciação de atos de concentração (fusões, aquisições e incorporações de empresas); II - repressiva, através do controle de condutas ou práticas anticoncorrenciais, destinada a verificar a existência de infrações à ordem econômica (dentre outras, as vendas casadas, os acordos de exclusividade e a formação de cartel); e III - educacional, destinada à difusão da cultura da concorrência.

O atual SBDC tem conferido ênfase excessiva à análise de atos de concentração (os quais em mais de 90% dos casos não apresentam qualquer prejuízo à concorrência), em detrimento da repressão a condutas anticompetitivas.

No entanto, em razão de seu maior potencial lesivo aos consumidores, a repressão a condutas anticoncorrenciais deveria ser privilegiada.

A prática de cartel é universalmente reconhecida como a infração mais danosa aos consumidores, ao diminuir a oferta de produtos e elevar seus preços. Transfere renda dos consumidores para os produtores. Os cartéis prejudicam não apenas os consumidores finais, mas também a economia como um todo, pois inibem a atividade econômica e drenam recursos passíveis de serem destinados às finalidades produtivas.

No novo SBDC, o controle das concentrações, hoje realizado a posteriori, passará a ser prévio. Deixa de existir o critério baseado no domínio de parcela de mercado (20%), causador de insegurança jurídica às empresas quanto à necessidade de notificação. O novo modelo converge para as melhores práticas internacionais. O tribunal do CADE, a ser instituído na feição de um tribunal administrativo, não mais examinará todos os casos de notificação de atos de concentração, pois a maioria deles não é prejudicial à concorrência e poderá ser decidido, na órbita do próprio CADE, pelo seu superintendente-geral. Assim, os casos mais relevantes (que são a minoria) poderão ser apreciados com maior atenção.

Na Federal Trade Commission, dos EUA, aproximadamente 70% das operações notificadas não são submetidas a qualquer análise pelos commissioners, segundo o ministro da Justiça Márcio Tomaz Bastos.

O CADE é um Tribunal Administrativo, não cabendo das decisões dele nenhum recurso no âmbito do Poder Executivo. Não obstante, é ao Judiciário que cabe a última palavra, caso acionado. Como salienta Fernando de Magalhães Furlan (2002, p. 31),

É ao Judiciário que cabe, em última instância, a aplicação da lei antitruste, considerando o inarredável sistema pátrio da jurisdição única. O amadurecimento da interpretação dos critérios e hipóteses previstos na legislação específica da concorrência depende não somente do debate no âmbito dos órgãos responsáveis pela jurisdição administrativa, mas especialmente do intercâmbio exegético entre autoridades administrativas e judiciárias.

Indubitavelmente, portanto, em nosso sistema de jurisdição una, o controle jurisdicional é admitido em relação a toda a atividade administrativa, seja vinculada ou discricionária, apenas não adentrando no mérito das decisões administrativas. Acerca desse tema, discorre Germana de Oliveira Moraes (1999, p. 153):

... todo e qualquer ato administrativo, inclusive o discricionário e o

resultante da valoração de conceitos indeterminados, é suscetível de revisão judicial, muito embora nem sempre plena, por meio da qual o Poder Judiciário examinará a compatibilidade de seu conteúdo com os princípios gerais do Direito, para além da verificação dos aspectos vinculados do ato.

Acerca do Projeto de Lei ainda em tramitação, alguns embates estão atrasando a votação do mesmo. Tais embates, a nosso sentir, não consistem em pontos nevrálgicos da questão concorrencial e não justificam a lentidão para que tal Projeto seja votado. A questão de o mandato do Superintendente Geral do Conselho ser de dois ou de quatro anos e se ele terá mais ou menos poder, decidindo sozinho acerca das fusões simples (que hoje representam 90% dos casos) não deveria emperrar a votação do Projeto que envolve questões muito mais significativas.

Faz-se mister, realmente, tornar o SBDC mais apto a responder ao crescente volume de atos de concentração econômica, sendo que alterar a forma de como serão analisados os processos de fusão e aquisição será uma solução, pois a análise anterior ao ato de concentração evitará que as empresas, depois de já terem se associado, corram risco de terem de desconstituir tais atos.

Com relação à viabilidade prática da análise prévia, será preciso, dentre outros aspectos, que o novo CADE tenha um enorme aumento no quadro de pessoal. Para tanto, o projeto de lei nº 5.877 prevê a criação de 200 novos cargos, de modo que a estrutura não emperre.

A desconstituição é, portanto, extremamente complicada de ser desfeita. Recentemente, isso ocorreu com a compra da Garoto pela Nestlé. O caso se arrastou por dois anos antes de o CADE considerá-lo nocivo à concorrência no setor de chocolates, sendo que a Nestlé, nesse interregno de tempo, já integrara as operações da Garoto.

O Projeto de Lei nº 5.877 traz várias propostas de mudanças positivas, não obstante as falhas apontadas acima. Que as mudanças previstas sejam realmente eficazes, não consistindo em mais um fetiche ou, conforme nos alerta Giovanni Clark, em seu notável artigo “O Fetiche das Leis”: “O que realmente precisamos é de que as leis sejam vividas, ou melhor, tenham eficácia no mundo real do ser e, não continuem no universo do imaginário legal do dever ser”. (2004, p. 58).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, restou claro ser indispensável o aperfeiçoamento

da defesa de concorrência no Brasil, sendo necessário melhorar o controle preventivo e repressivo, tanto administrativa quanto judicialmente. Para tanto, a reestruturação legal do SBDC é um primeiro dentre outros necessários passos para o fortalecimento da economia e da sociedade brasileiras.

Não obstante o Projeto de Lei 5.877/05 carregue consigo limitações, tais como a não previsão de mecanismos de integração da economia brasileira com as dos demais países (especialmente os integrantes do Mercosul), ele traz várias importantes inovações, as quais poderão contribuir para o desenvolvimento econômico equilibrado, a diminuição do desemprego estrutural, a evolução tecnológica, estabilidade dos preços, a erradicação da pobreza, a diminuição das desigualdades sociais e regionais e o incentivo e proteção às micro e pequenas empresas, entre outros fatores.

Assim, a Reforma do SBDC, especialmente quanto às novas competências do CADE, apresenta respostas, ainda que limitadas, aos principais problemas enfrentados pelo Direito Concorrencial, principalmente no que concerne ao controle das concentrações empresariais.

REFERÊNCIAS

BAGNOLI, V. **O irrestrito devido processo legal**: reflexões a partir do caso Nestlé-Garoto. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, v. 15, p. 22-29, jun./jul. 2007.

BASTOS, C. R. **Curso de direito econômico**. São Paulo: C. Bastos, 2004.

BERCOVICI, G. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BÍBLIA. Português. **Bíblia sagrada**. Edição Pastoral. São Paulo: Paulus, 1990.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organizada por Nuno Miguel Branco de Sá Viana Rebelo. Belo Horizonte: Leeditathi, 2007.

_____. Lei 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia federal e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 13 jun. 1994.

BRUNA, S. V. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**.

São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CAMARGO, R. A. L. C. **Direito econômico, direitos humanos e segurança coletiva**. Porto Alegre: N. Fabris, 2007. 408 p.

_____. Apontamentos sobre regulação e política econômica: a modernidade medieval. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 37, p. 263-311, 2000.

CARDOSO, M. I. A. de L. **Discrecionalidade e controle jurisdicional no direito da concorrência Pós-Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: PUC-RJ, 2005.

CASTRO, R. M. de. Controle jurisdicional do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica). **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, v. 16, p. 11-23, ago./set. 2007.

CLARK, G. Genocídio econômico. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, a. 16, n. 1, p. 45-49, jan. 2004.

_____. **A proteção do consumidor e o direito econômico**. Belo Horizonte: Interlivros Jurídica, 1994.

_____. O fetiche das leis. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, a.16, n. 9, set. 2004.

_____. **O município em face do direito econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, 280 p.

COELHO, F. U. **Curso de direito comercial**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1.

FARINA, E. M. M. Q.; AZEVEDO, P. F. **Política industrial e defesa da concorrência: a experiência brasileira dos anos 90**. Niterói, v. 2, n. 2, p. 513, 2001.

FARJAT, G. **Droit economique**. Paris: Universitaires de France, 1971. 443 p.

FONSECA, J. B. L. da. **Lei de proteção da concorrência: comentários à**

legislação anti-truste. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FORRESTER, V. **O horror econômico**. São Paulo: Unesp, 1997. 154 p.

FURLAN, F. de M. A aplicação das leis antitruste no poder judiciário brasileiro. **Jornal Valor Econômico**, 30 set. 2002.

GRAU, E. R. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HABERMAS, J. **Verdad y justificación**. Madrid: Trotta, 2002.

MARTINS, I. G. da S. **Direito tributário e econômico**: pareceres sobre a nova ordem econômica. São Paulo: Resenha Tributária, 1987.

MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Dialética, 2004.

MORAES, G. de O. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

MOREIRA, V. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Almedina, 1997.

NADER, P. **Filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

OLIVEIRA, G.; RODAS, J. G. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SOUZA, W. P. A. de. **Primeiras linhas de direito econômico**. São Paulo: LTr, 2005.